

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

**TITULO: BREVE ANÁLISIS RESPECTO A LA APLICACIÓN DE MEDIDAS
CORRECTIVAS POR PARTE DE INDECOPI EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA**

**Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho
Administrativo**

Autor: Rommel Alexis Calderón Morales

Asesor: Juan Francisco Rojas Leo

Código de alumno: 20051178

2017

RESUMEN

El presente trabajo académico busca realizar un breve acercamiento al estudio y aplicación de las medidas correctivas por parte de INDECOPI, en especial en la normativa referida a la represión de conductas anticompetitivas. Para ello se utiliza el método dogmático haciendo una revisión de la doctrina y normas pertinentes. Primero, se realiza una delimitación conceptual para luego diferenciarlas respecto de la sanción y otros tipos de medidas de policía administrativa. Asimismo, se analiza la regulación de las medidas correctivas en normativa general administrativa (TUO de la LPAG) para luego evaluarla en la regulación específica de INDECOPI, específicamente la de represión de las conductas anticompetitivas. Finalmente se señala como ejemplo la aplicación de la medida correctiva de cese de negativa injustificada a contratar (Caso FETRANS). Se concluye que la regulación de las medidas administrativas en materia de represión de conductas anticompetitivas (Libre Competencia), representan un gran avance con la publicación del Decreto Legislativo N° 1034, en especial la regulación de las medidas correctivas, que no fueron tomadas en cuenta en la antigua norma (Decreto Legislativo N° 701), sin embargo, existen algunos aspectos de dicha regulación que podrían colisionar o contravenir la regulación de medidas correctivas establecidas en el nuevo TUO de la LPAG.



BREVE ANÁLISIS RESPECTO A LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CORRECTIVAS POR PARTE DE INDECOPI EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA

INTRODUCCION

En los últimos años ha tenido una importante evolución una serie de medidas de carácter administrativo que con ocasión de una infracción o con la finalidad de evitar que se cometa algún daño mayor, la Administración ordena o exige la realización de conductas de diversos tipos a los administrados, tales como la suspensión o paralización de actividades y negocios, la demolición de construcciones y ambientes, la clausura de industrias, etc.

Estas medidas, claramente, tienen una diferenciación con la sanción administrativa propiamente dicha y las multas como mecanismo sancionador más común.

Asimismo, es preciso mencionar que cumplen un rol importante en el mercado, al ir de la mano o ser parte de las finalidades que busca la Administración, en especial el INDECOPI, que fue creado *“para propiciar el buen funcionamiento del mercado, en beneficio de los ciudadanos, consumidores y empresarios, mediante la defensa de los consumidores, la prevención y fiscalización de prácticas restrictivas de la libre y leal competencia, la protección de la propiedad intelectual y la promoción y desarrollo de una infraestructura y cultura de la calidad en el Perú.”¹*

En ese sentido, el presente trabajo busca destacar a las medidas correctivas como medidas de policía administrativas que buscan apoyar al buen funcionamiento del mercado, y que vienen siendo utilizadas por diversos organismos de la Administración, como los Organismos Reguladores y la Agencia de Competencia- INDECOPI. Para ello, abordaremos desde su base la función del Poder de Policía, para diferenciarlas de otro tipo de medidas de policía administrativas, destacar sus características, fines y particularidades de su imposición por parte de INDECOPI, como organismo estatal encargado de regular el

¹Pag. Web del INDECOPI. En: <https://www.indecopi.gob.pe/-/02-que-es-el-indecopi-y-cual-es-su-funcion-> Consultado el 04 de noviembre del 2017.

mercado de manera *expost*, específicamente en la normativa sobre Represión de Conductas anticompetitivas.

I. Poder de Policía

La actividad de Policía a lo largo de la historia ha tenido una evolución interesante. Primero, se consideraba así a *“Cualquier intervención pública para ordenar la vida social o asegurar intereses de la comunidad (no administración de justicia y militar)”*².

Posteriormente, se discurrió como el Poder del Estado de limitar y ordenar los derechos de los particulares por razones de moral pública, salubridad y seguridad; justificaciones que posteriormente se ampliarían al orden público económico, facultando al Estado a intervenir en sectores con relevancia económica.

Sin embargo, es preciso indicar que hay algo que ha caracterizado a toda esta evolución conceptual de la actividad de policía: que el Estado realiza una actividad de control y ordenación de las actividades de los particulares. Esta actividad se puede manifestarse mediante la legislación y la reglamentación, el otorgamiento de títulos habilitantes para el desarrollo de actividades de los particulares, mediante la inspección y fiscalización, las sanciones administrativas, medios de ejecución forzosa, y por medio de medidas de policía administrativa, dentro de las cuales destacamos a las medidas correctivas.

II. Medidas de Policía Administrativa y Sanción Administrativa

Previamente a desarrollar la idea y/o conceptualización que tenemos sobre las medidas correctivas, es preciso realizar un breve alcance de la idea de medidas de policía administrativa y el concepto de sanción.

De acuerdo a lo señalado por Carreras Schabauer: *“Las medidas de policía administrativa tienen una configuración y finalidad propia, cuyo origen es, en principio, la noción de*

² SANCHEZ MORON, Miguel. “Derecho Administrativo Parte general”. Madrid: Tecnos, pag. 652.

«orden» entendida como un mandato dirigido al administrado que tiene como fuente un acto emitido por la administración”³

Es así que, coincidimos con la idea de CASINO de que “la vulneración del ordenamiento jurídico puede dar lugar a distintas consecuencias que [...] pueden clasificarse en dos categorías distintas: (i) la imposición de una sanción, si aquella está tipificada como infracción y (ii) la restauración del orden jurídico perturbado». ⁴ Esta segunda posibilidad se encuentra fundamentada plenamente no en una tipificación específica, sino en el contenido prescriptivo-imperativo de una norma jurídica. La administración, como gestora y tutora del interés público, debe estar facultada para hacer cumplir a los administrados sus obligaciones legales. Ese mandato, a diferencia de la sanción, busca el cumplimiento material de aquello establecido en la norma”⁵

II.1 Sobre la infracción administrativa

De acuerdo a lo señalado por SANTAMARIA PASTOR⁶: “Las infracciones administrativas, además de un daño genérico al interés público en cuanto vulneraciones del ordenamiento jurídico, pueden producir también un estado de cosas anómalo, que es lógico y necesario eliminar, restaurando la situación previa a su comisión: bien mediante la destrucción de los efectos de la infracción (p. Ej. La demolición de la obra ilegal), bien mediante el resarcimiento pecuniario de los daños y perjuicios causados al patrimonio público (p. Ej. La destrucción de un semáforo en virtud de un accidente que constituye una infracción de tráfico).”

II.2 Sobre la orden administrativa

El profesor MORON, siguiendo lo conceptuado por OTTOR MAYER, señala que la orden administrativa, es la “(...) la declaración de voluntad, emitida en virtud de un vínculo de

³ CARRERAS SCHABAUER, Noelia. “Medidas de policía administrativa y régimen jurídico del servicio público: uso de las medidas correctivas en el Perú”. En: Derecho PUCP. N° 67, 2011 pag. 496.

⁴ CASINO RUBIO, Miguel. “La indebida confusión entre sanciones y otras medidas administrativas de policía: comentarios a la STS del 2 de febrero de 1998, artículo 2060”. Reala, número 283, mayo-agosto, 2000, p. 571. Citado por: CARRERAS SCHABAUER, Noelia. “Medidas de policía administrativa y régimen jurídico del servicio público: uso de las medidas correctivas en el Perú”. En: Derecho PUCP. N° 67, 2011 pag. 496.

⁵ CARRERAS SCHABAUER, Noelia, op cit 496.

⁶ SANTAMARIA PASTOR, Juan A.; Principios de Derecho Administrativo General, Tomo II, Iustel, primera edición, 2004, p. 403 y ss

subordinación, con el fin de determinar, de manera obligatoria, la conducta del subordinado”⁷

Asimismo, DE LA CUETARA, respecto a la definición brindada por el aludido autor germano, nos indica que la orden administrativa tiene doble significación: *“por un lado sirve de intermediario entre alguna explícita norma que es el fundamento del poder de policía y como exigencia del régimen de derecho, exterioriza de modo claro, indudable y formal, en qué consiste el deber concreto, cómo debe cumplirse y quién los debe cumplir. De este modo, la autoridad que emite la orden es una aplicadora de la norma al caso concreto, sin poderes implícitos o naturales para exigir aquello que desee en ese momento o lo que crea conveniente. Pero además, la segunda significación de la orden de policía es que impone al sujeto destinatario la obligación de obedecer frente a la Administración activa, y en caso de desobediencia, queda abierta la posibilidad legítima de ejercer actos de coacción posterior”⁸*

II.3 Las medidas previsionales y las correctivas

El artículo 254° del TUO de la LPAG regula la facultad que tiene la administración de poner medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final en el marco de un procedimiento administrativo sancionador. Dicho dispositivo indica que:

“Artículo 254.- Medidas de carácter provisional

254.1 La autoridad que tramita el procedimiento puede disponer, en cualquier momento, la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer, con sujeción a lo previsto por el artículo 155.

254.2 Las medidas que se adopten deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidad de los objetivos que se pretende garantizar en cada supuesto concreto.

⁷ MAYER, Otto; “Derecho Administrativo Alemán”, Tomo II Parte Especial, Editorial Depalma, 1982, p. 34. Citado por MORON, Juan Carlos. “Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración.” En: Circulo de Derecho Administrativo. N° 9, 2010, pags. 140 y 141

⁸ DE LA CUETARA, J.M., La actividad de la administración. Lecciones de Derecho Administrativo. Editorial Tecnos, 1983, p. 255. Citado por MORON URBINA, Juan Carlos: “Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración.” En: Circulo de Derecho Administrativo. N° 9, 2010. Pag 141

254.3 No se puede dictar medidas de carácter provisional que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de sus derechos.

254.4 Las medidas de carácter provisional no pueden extenderse más allá de lo que resulte indispensable para cumplir los objetivos cautelares concurrentes en el caso concreto.

254.5 Durante la tramitación, la autoridad competente que hubiese ordenado las medidas de carácter provisional las revoca, de oficio o a instancia de parte, cuando compruebe que ya no son indispensables para cumplir los objetivos cautelares concurrentes en el caso concreto.

254.6 Cuando la autoridad constate, de oficio o a instancia de parte, que se ha producido un cambio de la situación que tuvo en cuenta al tomar la decisión provisional, esta debe ser cambiada, modificando las medidas provisionales acordadas o sustituyéndolas por otras, según requiera la nueva medida.

254.7 El cumplimiento o ejecución de las medidas de carácter provisional que en su caso se adopten, se compensan, en cuanto sea posible, con la sanción impuesta.

254.8 Las medidas de carácter provisional se extinguen por las siguientes causas:

1. Por la resolución que pone fin al procedimiento en que se hubiesen ordenado. La autoridad competente para resolver el recurso administrativo de que se trate puede, motivadamente, mantener las medidas acordadas o adoptar otras hasta que dicte el acto de resolución del recurso.

2. Por la caducidad del procedimiento sancionador.”

(Texto modificado según el Artículo 2 Decreto Legislativo Nº 1272)

Al respecto, el profesor MORON URBINA, señala como ejemplos de medidas provisionales “la suspensión de los efectos del acto reclamado, el internamiento o depósito de bienes entre tanto se decide su decomiso, la rotación de personal sometido a investigación, la imposición de salvaguardas provisionales, las anotaciones preventivas en procedimientos registrales, entre otras.”⁹

Es importante advertir la diferencia entre estos dos tipos de medidas de policía administrativa: medidas provisionales y las medidas correctivas, ya que ambas tienen

⁹ MORON URBINA, Juan Carlos. OpCit. 142

finalidades distintas, “si lo que se quiere es adoptar una medida transitoria para asegurar la eficacia de la resolución final frente al riesgo que deriva del tiempo en la tramitación del procedimiento, estaremos en un caso de medida provisional”¹⁰ o si de lo “se busca es reestablecer la legalidad alterada por el acto ilícito a través de la reversión de los efectos causados por el acto u omisión ilícita, estaremos ante una medida correctiva estricto sensu.”¹¹

II.4 Medidas correctivas

En ese sentido, y de acuerdo a lo previamente señalado entendemos a las medidas correctivas, como *“mandato u orden proveniente de una autoridad competente que tiene como propósito corregir, subsanar o enmendar una situación equivocada o errada”*¹².

II. 5 Sobre su rol preventivo y de restablecimiento

Asimismo, concordamos con lo señalado por el profesor MORON, quien sostiene que *“las medidas correctivas son verdaderos actos administrativos distintos a las sanciones, pero que surgen también con ocasión de la comisión de actos ilícitos que afectan intereses confiados a la autoridad administrativa. Estas medidas de restablecimiento de la legalidad reponen el orden legal vulnerado por el infractor, asumiendo en algunos casos claramente un rol preventivo de futuros daños”*,¹³ rol preventivo que es la menor parte de todos los casos y que se confunde con las medidas de seguridad, provisionales y cautelares.¹⁴

Asimismo el precitado autor afirma que *“(…) En la gran mayoría de casos, la medida correctiva se prevé para el caso de ilícitos ya cometidos o en proceso de ejecución continuada, declarando o creando obligaciones de dar, hacer o no hacer al infractor, con el objetivo de revertir o reestablecer la situación alterada mediante la supresión o reducción de los efectos negativos ocasionados por el ilícito”*¹⁵

¹⁰ MORON URBINA, Juan Carlos. OpCit. 143

¹¹ MORON URBINA, Juan Carlos. OpCit. 143

¹² MORON URBINA, Juan Carlos. “Actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración”. En: Círculo de Derecho Administrativo. N° 09, 2010. Pag. 146

¹³ MORON URBINA, Juan Carlos. OpCit. 140

¹⁴ Ibídem

¹⁵ Ibídem

Finalmente, respecto al nombre que toman, es importante señalar que diversas actividades, tales como la clausura de establecimientos, de locales, el comiso de bienes, etc., que podrían ser aplicadas como si trataran de una sanción, pueden ser en otro contexto medidas correctivas. Por ello es importante advertir que estas deberían ser llamadas en virtud de la finalidad que buscan (sancionar o revertir un daño).¹⁶

II.-Regulación de las Medidas Correctivas en el TUO de la LPAG

Teniendo en cuenta la delimitación conceptual y características diferenciadoras de la medida correctiva respecto de la sanción y otros tipos de medidas de policía administrativa, es importante pasar a analizarla en su regulación de la normativa general para luego evaluarla en la regulación de la normativa específica de INDECOPI, específicamente la de represión de la Libre competencia.

En nuestra normativa, Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272, modifica el artículo 232° de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG), que en el Texto Único Ordenado de la LPAG es el artículo 249° y que regula la imposición de medidas correctivas relacionándola a la imposición de una previa sanción. Al respecto dicha norma señala expresamente que:

Artículo 249. -Determinación de la responsabilidad

249.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con el dictado de medidas correctivas conducentes a ordenar la reposición o la reparación de la situación alterada por la infracción a su estado anterior, incluyendo la de los bienes afectados, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, las que son determinadas en el proceso judicial correspondiente. Las medidas correctivas deben estar previamente tipificadas, ser razonables y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes jurídicos tutelados que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto.

¹⁶ Ibidem

249.2 Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán en forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan, y de las sanciones que se impongan.

Vemos que, de acuerdo a las últimas modificaciones impuestas por el citado Decreto Legislativo N° 1272, se regula por primera vez y en la normativa del procedimiento administrativo general LPAG a las medidas correctivas, señalando una definición y una descripción clara de sus principales características.

El citado artículo 232°¹⁷ de la LPAG, anteriormente se encontraba regulado de manera genérica sin hacer mención a la posibilidad de imponer medidas correctivas por parte de la administración y solo mencionando la posibilidad de reponer la situación alterada a un estado anterior.

Ahora bien, dicha modificación, se revela de especial importancia si tenemos en cuenta que el artículo II, numeral 2 del nuevo TUO de la LPAG señala que “Las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley.”

Es decir, que todas las leyes especiales que regulen procedimientos especiales, no podrán establecer regulaciones menos favorables a los parámetros señalados en la Ley general., por ejemplo en el caso de las medidas correctivas, que de acuerdo al citado artículo 232.1, éstas deben estar: *“previamente tipificadas, ser razonables y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes jurídicos”*.

Asimismo, el artículo 243°, numeral 6° del TUO de la LPAG señala que las actuaciones de la actividad de fiscalización podrían concluir, entre otras medidas, con la adopción de medidas correctivas.

¹⁷ Texto derogado de la Ley N° 27444 (LPAG)

Artículo 232.- Determinación de la responsabilidad

232.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con la exigencia de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado anterior, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, los que serán determinados en el proceso judicial correspondiente.

232.2 Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán en forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan, y de las sanciones que se impongan

Finalmente, el artículo 244° del TUO de la LPAG condiciona la imposición de las medidas cautelares y correctivas a su imposición por Ley o Decreto Legislativo. Dicho dispositivo reza:

Artículo 244.- Medidas cautelares y correctivas

Las entidades solo podrán dictar medidas cautelares y correctivas siempre que estén habilitadas por Ley o Decreto Legislativo y mediante decisión debidamente motivada y observando el Principio de Proporcionalidad.

IV.-MEDIDAS CORRECTIVAS en INDECOPI

IV.1 Sobre INDECOPI

El Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, aprobado por el DECRETO LEGISLATIVO N° 1033, (LOF del INDECOPI) señala en sus artículos 1° y 2°, la naturaleza y función, respectivamente, de dicha institución, señalando:

Artículo 1.- Naturaleza del INDECOPI.-

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI - es un organismo público especializado con personería jurídica de derecho público interno, que goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa. Se encuentra adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros y rige su funcionamiento de acuerdo con las disposiciones contenidas en la presente Ley y en sus normas complementarias y reglamentarias.

Artículo 2.- Funciones del INDECOPI.-

2.1 El INDECOPI es el organismo autónomo encargado de:

a) Vigilar la libre iniciativa privada y la libertad de empresa mediante el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales e irracionales que

afectan a los ciudadanos y empresas, así como velar por el cumplimiento de las normas y principios de simplificación administrativa;

b) Defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas y desleales y procurando que en los mercados exista una competencia efectiva;

c) Corregir las distorsiones en el mercado provocadas por el daño derivado de prácticas de dumping y subsidios;

d) Proteger los derechos de los consumidores, vigilando que la información en los mercados sea correcta, asegurando la idoneidad de los bienes y servicios en función de la información brindada y evitando la discriminación en las relaciones de consumo;

e) Vigilar el proceso de facilitación del comercio exterior mediante la eliminación de barreras comerciales no arancelarias conforme a la legislación de la materia;

f) Proteger el crédito mediante la conducción de un sistema concursal que reduzca costos de transacción y promueva la asignación eficiente de los recursos;

g) Establecer las políticas de normalización, acreditación y metrología; ¹⁸()*

h) Administrar el sistema de otorgamiento y protección de los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones, en sede administrativa, conforme a lo previsto en la presente Ley; y,

i) Garantizar otros derechos y principios rectores cuya vigilancia se le asigne, de conformidad con la legislación vigente.

2.2 Para el cumplimiento de sus funciones, el INDECOPI se encuentra facultado para emitir directivas con efectos generales, supervisar y fiscalizar actividades económicas, imponer sanciones, ordenar medidas preventivas y cautelares, dictar mandatos y medidas correctivas, resolver controversias, así como las demás potestades previstas en la presente Ley.

Vemos pues, que el INDECOPI como organismo público especializado que goza de varios tipos de autonomía se encuentra facultado para ordenar diversos tipos de medidas administrativas, como las preventivas, cautelares, dictar mandatos y sobretodo, y yendo a lo que nos interesa principalmente en este trabajo, dictar medidas correctivas, de acuerdo a lo señalado en el 2.2 del artículo de la citada LOF del INDECOPI.

¹⁸ (*) El presente inciso quedó derogado por el inciso 4 de la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 30224, publicada el 11 julio 2014, con vigencia luego de concluido el plazo de doscientos setenta días calendario de la vigencia de citada Ley.

Asimismo, las facultades de dicha entidad están enmarcadas en proteger el mercado en diversos temas, y se organiza principalmente en Comisiones y Salas que tramitan y resuelven procedimientos relacionados con la defensa de la Propiedad Intelectual; defensa de la Competencia; procedimientos relativos a la protección del consumidor, los procedimientos concursales y la Eliminación de Barreras Burocráticas.

IV.2 Medidas Correctivas en la represión de la Libre Competencia

Ahora bien, teniendo en cuenta la definición de lo que se entiende por medidas correctivas es preciso señalar que ninguna disposición señalada en el Decreto Legislativo N° 701, establecía la facultad de INDECOPI para imponer medidas correctivas.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, con fecha 05 de diciembre del 2006, le brinda facultades a la agencia de competencia para imponer dichas medidas en los temas de libre competencia, en el Expediente N° 1963-2006-PA/TC (Caso Ferretería Salvador), señalando que:

“Efectivamente, INDECOPI está facultado para establecer sanciones pecuniarias por las infracciones cometidas contra lo dispuesto en el Decreto Legislativo 701; pero ello no implica que se encuentre imposibilitado de dictar medidas complementarias –distintas a las sanciones- justamente para hacer efectivo lo previsto en dicho dispositivo legal. Afirmar que la actuación de INDECOPI deba restringirse únicamente a establecer sanciones pecuniarias y no otras medidas complementarias para garantizar el cumplimiento de la Ley y la Constitución, como, por ejemplo, ordenar el cese de las conductas infractoras sería tan absurdo como admitir que en nuestro sistema jurídico los infractores pueden continuar con sus conductas contrarias a Ley en la medida en que cumplan con pagar el costo económico de su infracción.”

El Tribunal Constitucional, asimismo, señaló de manera expresa que INDECOPI si podía imponer el cese de conductas con las medidas correctivas, para prevalecer los fines constitucionales de protección a la libre competencia. Allí radica la importancia, de lo señalado por nuestro Tribunal Constitucional, ya que no admitir ello, implicaría que solo con

cumplir con la sanción, que normalmente son medidas económicas (MULTAS) el infractor podría seguir cometiendo la conducta violatoria de la libre competencia y la finalidad de la potestad sancionadora se convertiría en un absurdo.

De manera previa

Resulta trascendental destacar que la Primera Disposición Complementaria Derogatoria del TUO de la LPAG¹⁹, señala que dicha norma deroga de manera genérica a todas las disposiciones legales o administrativas, de igual o inferior rango, que se le opongan o contradigan: En ese sentido, corresponde hacer un comparativo de la regulación sectorial que brinda INDECOPI en el campo de las medidas correctivas con la regulación general establecido en el TUO de la LPAG.

LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

El control de las conductas anticompetitivas, se encuentra actualmente regulado por el Decreto Legislativo N° 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, que tiene como principal finalidad el promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

El artículo 46° del citado Decreto Legislativo N° 1034, regula a las medidas correctivas, señalando un listado *numerus clausus* de actividades en las que consistiría y señalando las facultades que tendrían la Comisión y el Tribunal, respecto de ellas. Dicho artículo indica literalmente que:

“Artículo 46.- Medidas correctivas.-

¹⁹ TUO de la LPAG

Primera.- Derogación genérica

Esta Ley es de orden público y deroga todas las disposiciones legales o administrativas, de igual o inferior rango, que se le opongan o contradigan, regulando procedimientos administrativos de índole general, aquellos cuya especialidad no resulte justificada por la materia que rijan, así como por absorción aquellas disposiciones que presentan idéntico contenido que algún precepto de esta Ley.

46.1. Además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo, las cuales, entre otras, podrán consistir en:

- a) El cese o la realización de actividades, inclusive bajo determinadas condiciones;
- b) De acuerdo con las circunstancias, la obligación de contratar, inclusive bajo determinadas condiciones; o,
- c) La inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos; o,
- d) El acceso a una asociación u organización de intermediación.

46.2. La Comisión también podrá dictar medidas correctivas dirigidas a revertir los efectos lesivos, directos e inmediatos, de la conducta infractora.

46.3. El Tribunal tiene las mismas facultades atribuidas a la Comisión para el dictado de medidas correctivas.

46.4. La Comisión podrá expedir Lineamientos precisando los alcances del presente artículo, para su mejor aplicación.”

Al respecto, es preciso destacar que las medidas correctivas son reguladas de manera complementaria a la sanción, conforme lo establecido en el artículo 32° del TUO de la LPAG respecto a determinación de responsabilidad, que señala que “Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con el dictado de medidas correctivas”. Asimismo, se ajustan al TUO de la LPAG, al indicar que son “conducentes a restablecer el proceso competitivo,” idea que va de la mano y es conforme con lo regulado doctrinariamente y en la normativa general²⁰, y partiendo de la premisa o supuesto de que existe un proceso competitivo en el mercado, cuya normalidad y justo cause ha sido alterado y requiere un restablecimiento, es decir “ponerlo” en el estado que antes tenía.

²⁰ TUO de la LPAG. **Artículo 232. Determinación de la responsabilidad**

232.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con el dictado de medidas correctivas conducentes a ordenar la reposición o la reparación de la situación alterada por la infracción a su estado anterior, incluyendo la de los bienes afectados, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, las que son determinadas en el proceso judicial correspondiente. Las medidas correctivas deben estar previamente tipificadas, ser razonables y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes jurídicos tutelados que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto

Asimismo, el numeral 46.1 del artículo 46° del citado Decreto Legislativo N° 1034, no condiciona la imposición de las medidas correctivas listadas a la existencia de un efecto lesivo o daño, simplemente a la existencia de una infracción que haya variado el proceso competitivo.

No obstante, el numeral 46.2 (numeral que fue agregado con la modificación del Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1205²¹), si establece la facultad de la Comisión de imponer medidas correctivas cuando exista un daño, por lo que en este caso podría imponer cualquier tipo de medida correctiva no listada, dejando a discrecionalidad de la Comisión la conducta o actividad a imponer como medida correctiva.

Sobre esto último es importante advertir que dicha regulación podría contravenir lo dispuesto en el citado artículo 232° del TUO de la LPAG, que establece que “(...) *Las medidas correctivas deben estar previamente tipificada (...)*”

Ahora bien, la norma de represión de conductas anticompetitivas materia de análisis regula las consecuencias de no cumplir con las actividades o inactividades producto de la imposición de una medida correctiva estableciendo la facultad de imponer multas coercitivas equivalentes al veinticinco por ciento (25%) de la multa impuesta por infracción de la conducta anticompetitiva declarada, pudiendo duplicar dicho monto de manera sucesiva hasta que cumpla con un límite de dieciséis (16) veces el monto de la multa coercitiva originalmente impuesta.²²

²¹ Artículo 46° antes de ser modificado:

46.1. Además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo, las mismas que, entre otras, podrán consistir en:

- a) El cese o la realización de actividades, inclusive bajo determinadas condiciones;
- b) De acuerdo con las circunstancias, la obligación de contratar, inclusive bajo determinadas condiciones; o,
- c) La inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos; o,
- d) El acceso a una asociación u organización de intermediación.

46.2. El Tribunal tiene las mismas facultades atribuidas a la Comisión para el dictado de medidas correctivas

²² **Artículo 48.- Multas coercitivas por incumplimiento de medidas correctivas.-**

48.1. Si el obligado a cumplir una medida correctiva ordenada por la Comisión en su resolución final no lo hiciera, se le impondrá una multa coercitiva equivalente al veinticinco por ciento (25%) de la multa impuesta por infracción de la conducta anticompetitiva declarada. La multa coercitiva impuesta deberá ser pagada dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, vencidos los cuales se ordenará su cobranza coactiva.

48.2. En caso de persistir el incumplimiento a que se refiere el párrafo anterior, la Comisión podrá imponer una nueva multa coercitiva, duplicando sucesivamente el monto de la última multa coercitiva impuesta, hasta que se cumpla la medida correctiva ordenada y hasta el límite de dieciséis (16) veces el monto de la multa coercitiva originalmente impuesta.

48.3. Las multas coercitivas impuestas no tienen naturaleza de sanción por infracción de la conducta anticompetitiva.

De igual forma, el artículo 23° del Decreto Legislativo N° 1034²³, señala la facultad de dictar medidas cautelares en cualquier etapa del procedimiento sancionador o antes de éste, para asegurar la eficacia de la decisión definitiva y de las medidas correctivas que se pudieran dictar en la resolución final.

Teniendo en cuenta que dichas medidas correctivas tiene como finalidad restablecer el orden jurídico incumplido; es decir, hacer desaparecer la situación contraria a la norma, la imposición de multas coercitivas o medidas cautelares que tengan como finalidad persuadir y obligar al cumplimiento de las medidas correctivas, ayudarían de manera significativa a lograr dicho cometido. Coincidimos con la norma al señalarse que este tipo de multas no tienen carácter de sanción por infracción de la conducta anticompetitiva, sino más bien, medida de policía administrativa que busca el cumplimiento de la medida correctiva.

Asimismo, el artículo 14° del citado Decreto Legislativo N° 1034, objeto de evaluación, señala que la Comisión, “*órgano con autonomía técnica y funcional encargado del cumplimiento de la presente Ley*”, tiene como atribuciones la de: 1) Declarar la existencia de una conducta anticompetitiva e imponer la sanción correspondiente; 2) dictar medidas cautelares, y 3) dictar medidas correctivas respecto de las conductas anticompetitivas y 4) expedir lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación de las normas de la presente Ley.

Al respecto, es preciso mencionar que el dictado de medidas cautelares y medidas correctivas no se regulan sujetas a la existencia de una infracción, y esto va de acuerdo a la regulación doctrinaria y regulación normativa general (TUO de la LPAG) sobre medidas correctivas.

Por otro lado, un aspecto interesante a mencionar es lo regulado en el artículo 25°²⁴ del citado Decreto Legislativo N° 1034, que establece el ofrecimiento de un compromiso de

²³ **Artículo 23.- Medidas cautelares.-** 23.1. Antes de iniciarse el procedimiento sancionador o en cualquier etapa dentro de éste, la Comisión podrá dictar, a solicitud de la Secretaría Técnica o a pedido de quien haya presentado una denuncia de parte o de tercero con interés legítimo que también se haya apersonado al procedimiento, una medida cautelar destinada a asegurar la eficacia de la decisión definitiva, lo cual incluye asegurar el cumplimiento de las medidas correctivas que se pudieran dictar en la resolución final

²⁴ **“Artículo 25.- Compromiso de Cese.-**

cese de la conducta infractora para la terminación anticipada del procedimiento administrativo sancionador, a cambio de la implementación de medidas correctivas eficaces para contrarrestar los efectos de la conducta infractora, para lo cual INDECOPI, por medio de la Secretaría Técnica evaluará en virtud de su facultad discrecional, el ofrecimiento de medidas correctivas que permitan asegurar el restablecimiento del proceso competitivo, así como revertir los efectos lesivos de la conducta infractora.

Sobre ello, es importante destacar que la finalidad es el restablecimiento de la legalidad, por lo que no habría mayor problema con que el presunto infractor sea quien presente su propuesta de medida correctiva sujeta a evaluación de la entidad. No existe en este caso alguna finalidad de sancionar al presunto infractor, sino la de restablecer la legalidad, por lo que nos parece adecuada dicha regulación desde ese punto de vista. Sin embargo, de acuerdo a lo anteriormente señalado, también es necesario advertir que dicha regulación podría colisionar con el citado artículo 232° del TUO de la LPAG, que establece que “(...) *Las medidas correctivas deben estar previamente tipificada (...)*”.

Sin perjuicio de ello, y teniendo en cuenta que las disposiciones del TUO de la LPAG tienen carácter derogatorio general de toda disposición o norma especial de menor o igual rango que la contravenga, INDECOPI, por medio de la Comisión, al aceptar la propuesta de medida correctiva debe evaluar que dicha actividad ofrecida cumpla con los otros requisitos regulados en el citado artículo 232°, es decir que sean razonables, se ajusten a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes jurídicos tutelados que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto.

Finalmente, el artículo 33° de la norma materia de análisis, dentro del Capítulo VI referente a la Conclusión del Procedimiento en Primera instancia, regula los aspectos relacionados al Informe técnico. Dicho dispositivo señala que en un plazo no mayor de treinta (30) días

25.1. Dentro del plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles contados desde la fecha de notificación de la imputación de cargos o resolución de inicio del procedimiento, los investigados podrán ofrecer, de manera individual o conjunta, un compromiso de cese referido a la terminación anticipada del procedimiento administrativo sancionador a cambio de implementar medidas correctivas eficaces para contrarrestar los efectos de la conducta infractora.

25.2. La solicitud de compromiso de cese se tramitará como cuestión incidental, siendo accesorio del expediente principal.

25.3. Para evaluar la propuesta de compromiso de cese, y en ejercicio de una facultad discrecional, la Secretaría Técnica tomará en consideración que los solicitantes ofrezcan medidas correctivas que permitan asegurar el restablecimiento del proceso competitivo, así como revertir los efectos lesivos de la conducta infractora. Adicionalmente, los solicitantes podrán ofrecer medidas complementarias que evidencien su propósito de enmienda.

hábiles contados desde el vencimiento del período de prueba, la Secretaría Técnica emitirá un Informe Técnico dando cuenta de lo siguiente:

- (i) Hechos probados;
- (ii) Determinación de la infracción administrativa;
- (iii) Identificación de los responsables
- (iv) Propuesta de graduación de la sanción; y,
- (v) Propuesta de medidas correctivas pertinentes.

Es interesante destacar que desde la etapa inspectora o fiscalizadora, la Secretaria Técnica tiene la facultad de proponer no solo la imposición de una sanción con su graduación respectiva, sino también la de proponer la imposición de medidas correctivas.

Dicha regulación, refuerza la idea de que ese tipo de medidas de policía administrativa se pueden establecer de manera previa al inicio de un procedimiento administrativo sancionador.

Al respecto, coincidimos con MORON URBINA, quien señala que : *“a diferencia de lo que podría pensarse a priori, las medidas correctivas no aparecen necesariamente dentro del ejercicio de la potestad sancionadora, sino precisamente a la actividad inspección, fiscalización o supervisión por el que se interviene sobre las actividades, documentación, instalaciones, bienes o patrimonio, prestación de servicios de los administrados (empleador, contribuyente, concesionario, o usuario) con el objeto de comprobar si se ejerce una facultad o una obligación según los deberes legales o conjunto de estándares previos aprobados centralmente y vinculantes para los inspeccionados”*²⁵

Ejemplo de aplicación de Medida Correctiva

CASO TREN MACCHU PICCHU ²⁶

Con fecha 07 de agosto del 2004, la empresa FERSIMSAC denunció a FETRANS por abuso de posición de dominio y monopolio del transporte ferroviario en la ruta Cusco-Machu Picchu- Hidroeléctrica, por la negativa del concesionario a arrendarle las locomotoras y vagones (material tractivo y rodante).

²⁵ MORON URBINA, Juan Carlos: “Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración.” En: Circulo de Derecho Administrativo. N° 9, 2010. Pág. 141

²⁶ Expedientes N° 010-2004/CLC y Expediente N° 012-2004/CLC (Acumulados)

Mediante Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI de fecha 02 de julio del 2007, el Tribunal resuelve revocando la Resolución de primera instancia que declaró infundadas las denuncias de oficio y de FERSIMSAC en contra de FETRANS y las declara fundadas por infracción a los artículos 3° y 5° del Decreto Legislativo N° 701, imponiéndole una multa ascendente a 165.9 UITs.

Asimismo, en calidad de medida correctiva se dispone el cese de la negativa injustificada de alquiler de material tractivo y rodante objeto del Contrato de Concesión del FSO y el cumplimiento del deber de no discriminación contenido en la cláusula 7.6 del referido contrato de Concesión.

Al respecto, independientemente de nuestra posición de fondo en la que no estamos de acuerdo con que se sancione a FETRANS por lo señalado anteriormente, emitiremos nuestra opinión en el sentido formal, asumiendo que si estamos de acuerdo con que se sancione a FETRANS, por el supuesto “abuso de posición de dominio como negativa justificada a contratar”.

Sobre ello, partiendo de la premisa señalada en el párrafo anterior, consideramos que si fue correcta ordenar esta medida de tipo conductual ya que existían dos conductas que eran necesarias subsanar para no seguir afectando la competencia que INDECOPI busca proteger legítimamente dentro de sus facultades conferidas, estas son: 1) La negativa injustificada a alquilar el material tractivo y rodante a las empresas que estaban interesadas, ordenando su cese y por consiguiente su alquiler, 2) Incumplimiento del deber de no discriminación para lo cual se ordenó cumplirlo en base a lo pactado en la citada Cláusula.

Por ello, consideramos que las medidas correctivas adoptadas por INDECOPI si buscaban restaurar la situación previa a su comisión para mantener deber de no discriminar a futuros competidores en el servicio de transporte y obligar a alquilar su material tractivo y rodante para no conservar su posición de dominio.

Vemos a diferencia del Decreto Legislativo N° 701, la actual norma de libre Competencia (Decreto Legislativo N° 1034), si regula la imposición de medidas correctivas por parte de la Comisión y como en el caso nuestra la última modificación de nuestra Ley de

Procedimiento Administrativo General (Art. 232), relaciona la imposición de la medida correctiva al de una sanción.



Bibliografía

- CARRERAS SCHABAUER, NOELIA. “Medidas de policía administrativa y régimen jurídico del servicio público: uso de medidas correctivas en el Perú”. En. Derecho PUCP. N° 67, 2011 pp. 487-509
- CASSAGNE, JUAN CARLOS. “Derecho Administrativo. Tomo II.” Lima, Palestra Editores, 2010. Páginas, 822 (*consulta general*)
- DROMI, ROBERTO. “Derecho Administrativo. Tomo II”. Lima. Gaceta Jurídica. 2005. Páginas, 822 (*consulta general*)
- MORÓN URBINA, JUAN CARLOS. “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”. Lima, Gaceta Jurídica, 2009. (*consulta general*)
- MORÓN URBINA, JUAN CARLOS. “Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración.” En: Circulo de Derecho Administrativo. N° 9, 2010. Pág. 135-157.
- SANCHEZ MORON, Miguel “Derecho Administrativo Parte general.” Madrid: Tecnos, pág. 652.
- SANTAMARIA PASTOR, Juan A.; Principios de Derecho Administrativo General, Tomo II, Iustel, primera edición, 2004